

La revocatoria popular de sentencias como contrapeso democrático al control judicial de constitucionalidad

POR MARTÍN LEONARDO CABRERA (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Contra-mayoritarismo judicial: sus implicancias actuales. — III. Nuestra propuesta: revocatoria popular de sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una norma. — IV. “Plebiscitarismo” vs. Derechos Humanos. O la vuelta de la “tiranía de las mayorías”. — V. Conclusiones. — VI. Bibliografía. — VII. Jurisprudencia consultada.

“En todo gobierno, necesariamente existe un poder ante el cual no hay apelación, y el cual, por esa misma razón, puede ser llamado supremo, absoluto e incontrolable [...] Tal vez algún político, que no ha estudiado con suficiente precisión nuestros sistemas políticos, respondería que, en nuestros gobiernos, el poder absoluto fue establecido en las constituciones [...] Esta opinión se acerca un paso más a la verdad, pero no llega a alcanzarla. La verdad es que, en nuestros gobiernos, el poder supremo, absoluto e incontrolable permanece en el pueblo. Así como nuestras constituciones son superiores a nuestras legislaturas, así el pueblo es superior a nuestras constituciones. De hecho, en este ejemplo la superioridad es mucho mayor, pues el pueblo domina a nuestra constitución, controla de hecho y por derecho. La consecuencia es que el pueblo puede cambiar las constituciones cuando y como le plazca. Éste es un derecho del cual no puede despojarlo ninguna institución positiva.” James Wilson. (McClellan y Bradford, 1989: 432. Citado en: Kalyvas, 2005: 91).

Resumen: Esta ponencia analiza la revocatoria popular de sentencias. Este es un mecanismo que permite, por decisión popular, la revocatoria de las resoluciones judiciales que declaren la inconstitucionalidad de una norma. La misma suele estar prevista en caso de que un Superior Tribunal declare la inconstitucional una ley, Estableciéndose que un porcentaje predeterminado del electorado pueda exigir que se someta a referéndum la decisión del máximo tribunal.

Palabras clave: Recall, revocatoria popular de sentencias, apelación popular de sentencias.

A REVOGAÇÃO POPULAR DE DECISÕES JUDICIAIS COMO CONTRAPESO DEMOCRÁTICO DAS CONTROLE JUDICIAL DO CONSTITUCIONALIDADE

Resumo: Este artigo trata do instituto chamado de revogação popular de sentenças. Este é um mecanismo que permite a retirada, por decisão popular, de sentenças judiciais declarando a inconstitucionalidade de uma norma. Geralmente é prevista no caso de um Tribunal Superior considerar inconstitucional uma lei, estabelecendo um percentual pré-determinado do eleitorado pode obrigar a submeter a referendo a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Palavras chave: Recall, revogação popular das sentenças, recurso popular das sentenças.

I. Introducción

El presente trabajo se centra en el instituto de la revocatoria de sentencias. Se entiende por este término al mecanismo que permite la revocación, por decisión popular, de las resoluciones judiciales

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Político, Cátedra I. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Profesor Adjunto Regular de Teoría del Estado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho. UBA.

que declarasen la inconstitucionalidad de una norma. La misma suele estar prevista en el caso de que un Superior Tribunal declarara la inconstitucionalidad de una ley, estableciéndose que un porcentaje predeterminado del electorado podrá exigir que se someta a referéndum la decisión del máximo órgano jurisdiccional.

Para una mejor comprensión del objeto en cuestión, en primer lugar es necesario analizar el carácter contra-mayoritario del funcionamiento del Poder Judicial, tanto desde el aspecto formal-legal, como en lo histórico, político y social.

Desde este enfoque, señalamos que desde los inicios de los primeros sistemas republicanos hubo una tendencia a desconfiar de las mayorías por su presunta “irracionalidad” e inclinación a caer bajo el influjo de la “demagogia”. Así es que, buscando evitar los males que supuestamente podían surgir de las mismas, se encomendó al instituto de la representación y al Poder Judicial (en su función de control de la constitucionalidad) el papel de contrapeso frente a las mayorías. Este último poder, de carácter técnico y meritocrático, supuestamente independizado de la lucha política, tendría la sabiduría que no se hallaría presente en los otros dos poderes (producto del sufragio) y menos aún en las decisiones directas en manos de la ciudadanía.

En este sentido pueden recordarse las palabras de Madison: “el trono de la razón” debía estar resguardado de “las pasiones mayoritarias” (García Jaramillo, En: Post y Siegel, 2013: 16).

Ya en los primeros tiempos de constitucionalismo, existieron voces críticas que señalaban los peligros de tal concepción:

“Al intentar establecer tres departamentos, coordinados e independientes, para que puedan moderarse y equilibrarse uno a otro, ha otorgado a un solo de ellos, conforme a esa opinión, el derecho a fijar reglas para el gobierno de los otros, y asimismo, al que no es elegido por la nación y es independiente de ella. Porque la experiencia ya ha demostrado que el enjuiciamiento que contempla no es ni siquiera un espantajo, que opiniones como las que usted combate, emitidas con cautela, como también señala usted, aisladas, con frecuencia no pertenecientes al caso, sino buscadas fuera de él, como para reunir de antemano la opinión pública de acuerdo a sus criterios, y para indicar en qué fila ha de marchar, han sido tan tranquilamente pasadas por alto como para no haber provocado nunca censura, ni aún en un discurso de alguno de los miembros del cuerpo encargado del enjuiciamiento. La Constitución, según esta hipótesis, es, en manos de la administración de justicia, un mero objeto de cera, que pueden ellos torcer y darle la forma que deseen. Debería recordarse como un axioma de permanente verdad en política que cualquier poder que es independiente dentro de cualquier gobierno, es también absoluto.” (Jefferson, 1984:1425).

Esta ingeniería institucional, colocando al Poder Judicial como último guardián respecto a la constitucionalidad de las leyes, recae en un “juriscentrismo” (García Jaramillo, En: Post y Siegel, 2013: 16) que en última instancia se parece más un gobierno de los jueces que a una república democrática. Si los jueces tienen la última palabra para definir la interpretación constitucional, sus acciones terminan decidiendo el significado de la Constitución para todo el cuerpo político:

“Estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es, y el poder judicial es la garantía de nuestra libertad y de nuestra propiedad bajo la Constitución.” (Hugues, 1908: 139).

La propia Corte Suprema de Estados Unidos lo ha especificado en sus fallos, al expresar que:

“(…) sin duda, las ramas políticas tienen un rol en interpretar y aplicar la Constitución, pero aún desde *Marbury* esta Corte ha permanecido como el último expositor del texto constitucional.” (“*United States v. Morrison*”, 2000) (1).

(1) Puede verse un resumen de los fallos en el sitio web del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

II. Contra-mayoritarismo judicial: sus implicancias actuales

El hecho evidente que los magistrados judiciales no provengan de la voluntad popular (al menos en la mayoría de los ordenamientos políticos contemporáneos) debería impulsar un proceso de debate y revisión de estos mecanismos.

El proceso de constitucionalización de los derechos implica un límite al poder de la soberanía popular, y si el guardián de ese ordenamiento es pura y exclusivamente un cuerpo no elegido, se torna una amenaza real el peligro de convertir al sistema en una oligarquía judicial carente de legitimidad democrática. En este sentido el análisis de este carácter contra-mayoritario fue desarrollado por primera vez en 1962 por Alexander Bickel —“counter-majoritarian difficulty”— (Bickel, 1986: s/n).

Adelantándonos a nuestra propuesta consideramos que el Poder Judicial debe ser uno de los actores a la hora de velar por el cumplimiento de la Constitución, pero no el único, y mucho menos el último.

En este punto es necesario analizar la cuestión de los “derechos fundamentales” y su posible colisión con el principio de la soberanía popular. La invocación de “Derechos Fundamentales” que debieran ser reconocidos imperativamente por los jueces y los demás poderes, podría servir para que determinadas élites hagan un uso abusivo de esta alegación, imponiendo así medidas con un escaso o nulo respaldo popular. La utilización del Poder Judicial para llevar a cabo “una revolución en los derechos” puede estar encubriendo algo mucho más prosaico: a falta de votos determinadas minorías controladoras utilizaran en estrados judiciales el argumento de los derechos fundamentales, para lograr imponer su agenda. En definitiva, la concepción de la democracia como un mero reaseguro de derechos fundamentales, los cuales en última instancia deben ser protegidos por un poder judicial, lleva al callejón sin salida de un orden político contra-mayoritario (Bedi, 2009:185). Además de desvirtuar las bases de nuestro sistema legal pasando de la ley como fuente primordial del derecho, a un sistema que se asemejaría mucho más al “common law”.

En los hechos los tribunales limitan los procesos de tomas de decisiones mayoritarias bajo el manto de “libertades” o “derechos fundamentales”. El jurista Sunstein lo expresa de esta manera: “decidir algunas prácticas vedadas para la política” (Sunstein, 1999: 53) y más aún: “anula la posibilidad de la democracia” (Sunstein, 1999: 26).

En palabras de dos autores argentinos:

“El “activismo judicial” en la Argentina actual ha tenido una recepción notable, que contrasta con la escasez de voces que alertan contra sus riesgos. Juristas que adscriben al liberalismo, al iusnaturalismo católico y aun al neoconstitucionalismo coinciden en reivindicar la potestad de los jueces para revisar ampliamente los actos privativos de los otros poderes. En muy pocos casos -Nino, Gargarella, por ejemplo- se advierte una verdadera preocupación ético-filosófica por limitar esa intervención, y justificarla en términos compatibles con la doctrina de la soberanía popular y el principio de la mayoría, como ocurre en el derecho comparado.” (Portero y Magri, 2010: 8).

Los intentos de justificar esa preeminencia del Poder Judicial radican en el enfoque perfeccionista: la existencia de valores sociales fundamentales, que no pueden ser afectados por lógicas políticas mayoritarias, y por ende debieran ser paulatinamente realizados por los tribunales. Estos últimos no estarían para reflejar una opinión popular sino que también, bajo este punto de vista, se acepta que la construyan. O dicho de otra manera: la ley y las sentencias judiciales como orientadoras de conductas, más que como un reflejo de lo que desea el ciudadano de a pie.

La defensa de este estado de cosas por parte de un Poder Judicial que actúa como una corporación, se manifiesta en un discurso donde el cuestionamiento al papel dado a los tribunales se entiende como un rechazo al orden constitucional y sus derechos. Los jueces disimulan su papel de actores políticos de primera magnitud bajo el manto discursivo de ser meros “instrumentos” del derecho.

Pero en realidad, determinar los derechos que los ciudadanos cuentan es tan político como el poder que se ejerce desde una legislatura o un referendo.

El riesgo que se corre con estos esquemas contra-mayoritarios es que si la interpretación del máximo tribunal no es sensible en lo absoluto a la opinión popular, y no deja abiertos canales para modificar su decisión, con el correr del tiempo los ciudadanos pueden llegar a considerarla autoritaria e ilegítima, con el consecuente riesgo de crisis de legitimidad o choques de distintos poderes públicos, que invocarán para sí la legitimidad democrática. Un ejemplo de esto último fue el enfrentamiento entre las ramas ejecutiva y judicial en la aplicación del New Deal durante la presidencia de Franklin D Roosevelt. (Post y Siegel, 2013: 34).

En el caso de Estados Unidos el accionar de la Corte Suprema imponiendo decisiones notoriamente contra-mayoritarias está presente, en los últimos años, en tres casos emblemáticos: “Citizens United v. Federal Election Commission” (2010), “MCcutcheon et al. v. Federal Election Commission” (2014), estos dos primeros fallos sobre inconstitucionalidad de límites a las aportaciones financieras en las campañas electorales; y “Hollingsworth v. Perry” (2013), inconstitucionalidad de la Proposición 8 del estado de California que pretendía definir constitucionalmente al matrimonio como un vínculo heterosexual, y prohibir —de hecho— el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En el primero de estos fallos la Corte declaró la inconstitucionalidad de la “Bipartisan Campaign Reform Act” (también conocida como ley McCain-Feingold) la cual establecía la prohibición a empresas y sindicatos de financiar campañas electorales 30 días antes de una elección primaria, o 60 días antes de una general. La decisión judicial fue tomada basándose en el principio de “libertad de expresión” que a juicio de la mayoría de los jueces de la Corte se veía afectada. Para una gran cantidad de analistas provenientes de distintos campos ideológicos (la ley fue producto de un acuerdo entre republicanos y demócratas), pero especialmente del campo progresista (o “liberals”) esto implicaba dar luz verde a las grandes corporaciones (“big money”) para influir a su gusto en los resultados electorales por medio de elevadísimas aportaciones dinerarias, consagrándose así el poder decisivo de una oligarquía financiera. Quienes apoyaron, con entusiasmo, el fallo fueron algunos de los centros intelectuales del más rancio conservadurismo: The Heritage Foundation y Cato Institute. Para estos últimos el máximo tribunal había removido una prohibición arbitraria, atentatoria de derechos constitucionales, y nada había que temer del aporte de las grandes empresas a las campañas electorales.

Este camino se profundizó en “MCcutcheon et al. v. Federal Election Commission” (2014). La sentencia del tribunal dictó la inconstitucionalidad de la ley federal que establecía los límites máximos a la suma de todas las contribuciones económicas que un solo donante puede destinar a candidatos y partidos políticos. El fallo fue decidido, en las proximidades de nuevos comicios legislativos, con el apoyo de todos los jueces conservadores (cinco) y el rechazo de los progresistas (cuatro), derogando así uno de los pilares básicos de la legislación sobre la financiación electoral de Estados Unidos.

La decisión se basó en que las barreras contributivas restringen el derecho a la libertad de expresión consignado en la Primera Enmienda —posición de la mayoría de los jueces de la Corte Suprema y que también defiende la mayoría del Partido Republicano—, y fue rechazada por quienes sostienen que esos topes atemperan la influencia de los más ricos en los designios de la política y frenan la corrupción —tal y como ha defendido el Partido Demócrata con el presidente Barack Obama a la cabeza y se recoge en el voto de la minoría del Tribunal—.

La ley federal fija en 123.200 dólares la cantidad máxima que un particular puede donar durante dos años a candidatos, partidos y comités de acción política (PAC) —48.600 a los aspirantes y 74.600 a formaciones políticas—. La norma se dictó en 1974 —fue revisada en 2002— para impedir una posible compra de votos por parte de los donantes más ricos y restaurar la confianza en el sistema. Para la opinión mayoritaria de la Corte Suprema, esos límites no solo no disuaden de la corrupción sino que “impiden sin justificación que los ciudadanos puedan ejercitar la actividad más importante que garantiza la Primera Enmienda [...] la de participar en la elección de nuestros líderes políti-

cos” (“MCutcheon et al. v. Federal Election Commission”: 40). La sentencia del tribunal deroga esos máximos pero deja intacto el de 2.600 dólares que puede recibir un solo candidato a un cargo federal por cada contribuyente particular.

La resolución también favorecerá que los líderes de los partidos puedan tener un mayor control sobre las aportaciones dinerarias al tener vía libre para pedir a sus mecenas políticos sumas que ellos podrían destinar a los candidatos que crean conveniente.

El tercero de los fallos a analizar, “Hollingsworth v. Perry”, es el de la inconstitucionalidad de la Propuesta 8 de California. Por medio de una iniciativa constitucional ligada a un referendo (Propuesta 8) los ciudadanos de ese estado lograron, en noviembre del 2008, reformar la Constitución estadual definiendo a la institución matrimonial como la unión de un hombre y una mujer, y de hecho prohibiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo (52,24% a favor, 47,76 % en contra). La inconstitucionalidad de la reforma fue solicitada a nivel de tribunales estaduales (la cual fue concedida) y luego la Corte Suprema denegó a los partidarios de la Propuesta 8 el derecho de apelar ante el máximo tribunal nacional, dejando válida la decisión del tribunal californiano, y también opinando sobre el fondo de la cuestión señalando la inconstitucionalidad de la norma. En este caso los sectores de derecha o conservadores se quejaron por la violación a lo decidido directa y democráticamente por la ciudadanía (la voluntad contrapuesta de millones de ciudadanos contra menos de una decena de jueces), mientras que el campo progresista celebró la decisión judicial como una victoria de la igualdad y la no discriminación frente a una mayoría retrógrada.

Vemos aquí un rasgo particular de la dinámica de funcionamiento de un sistema anti-mayoritario: cada campo (derecha-izquierda / conservadores-progresista) reivindica la legitimidad democrática con la toma de decisiones por mayorías cuando estima que la cuestión en juego tiene respaldo popular, cuando no es así se invoca la amenaza a derechos constitucionales para apelar al supremo tribunal del estado o de la nación.

Este mayoritarismo oportunista, tanto de los conservadores como de los progresistas, también puede verse en sus intentos de influir en la selección de jueces para cumplir con los objetivos de sus agendas:

“Los conservadores les enseñaron a los progresistas que la acción política, en lugar de la estrictamente jurídica, es esencial para configurar el derecho constitucional mediante la incorporación de determinada ideología en el proceso de interpretación constitucional” (García Jaramillo.” (Citado en Post y Siegel, 2013: 28).

En el mismo sentido van las palabras de Mark Kende:

“Solía ser fácil. A los liberales en general les gustaba la Suprema Corte de los Estados Unidos. Los conservadores eran escépticos. “Pero ahora”, escribe citando a Bob Dylan, “los tiempos están cambiando”. (Kende, citado en Post y Siegel, 2013: 43).

Una aristocracia judicial es así la mediadora entre lobbies de derecha e izquierda que intentan influir sobre la misma, para la obtención de objetivos que no pueden lograr en el campo electoral. La sobre-actuación del Poder Judicial va de la mano de la pasividad de los ciudadanos, para quienes la democracia es un ritual electoral que implica elegir representantes y por si esto no fuera suficiente un poder no elegido tendrá la última palabra para establecer los límites constitucionales. Límites estos que no provienen simplemente de la ley (fundamental) sino que también son creaciones jurisprudenciales de ese poder.

El principal rasgo de los defensores del sistema es su profunda desconfianza hacia la ciudadanía. Esto puede hacerse tanto desde la derecha, con la vieja jerga liberal de los padres fundadores de la constitución norteamericana (los peligros de la “tiranía de la mayoría”), o con un lenguaje “progresista” o de “centro izquierda” (el peligro del “populismo conservador” o del “populismo punitivo”). Si en la etapa más radicalizada de la Revolución francesa los jacobinos proclamaban “nada de libertad

para los enemigos de la libertad”, hoy el lema podría ser “la democracia sólo es para los demócratas”. Y para definir que es democrático o no (constitucionalmente hablando) estaría una burocracia judicial con su particular forma de ejercicio del poder.

Desde posturas “progresistas” (o, en la jerga política estadounidense, “liberals”) Robert Post y Reva Siegel buscan una conciliación entre su cosmovisión ideológica (a menudo impuesta a través de fallos de la Corte Suprema en virtud del “activismo judicial”) y el principio de la legitimidad democrática:

“Surge una tensión entre la necesaria cautela judicial y la también necesaria realización de las provisiones constitucionales progresistas.” (García Jaramillo, citado en Post y Siegel, 2013: 23).

“La concreción de las provisiones constitucionales garantistas depende en gran medida que los tribunales no procuren sustituir a las otras ramas del poder público al monopolizar la realización de la Constitución. El progresismo modera su activismo cuando se enmarca en una adecuada cautela judicial.” (García Jaramillo, citado en Post y Siegel, 2013: 26).

Estos autores parten de la base que en su postura (a la que denominan “constitucionalismo democrático”) el derecho constitucional de origen judicial y la práctica democrática se influyen recíprocamente (Post y Siegel, 2013: 71).

Pero la democracia no sería una mera acumulación numérica de preferencias (un puro mayoritarismo) sino “la realización del complejo valor sustantivo del autogobierno colectivo” (Post y Siegel, 2013: 129).

A juicio del presente trabajo la de Post y Siegel es una propuesta noble y honesta, que busca (desde el progresismo) conciliar los dos extremos en juegos (gobierno de los jueces vs. omnipotencia de las mayorías) pero no alcanza a precisar cómo se logra ese loable punto intermedio.

III. Nuestra propuesta: revocatoria popular de sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una norma

Finalmente podemos abordar nuestra propuesta práctica como forma de preservar la legitimidad democrática en el control de constitucionalidad: la adopción del mecanismo de la revocatoria popular de sentencias. Postulamos la misma, pues partimos de la base que si hablamos de una república democrática, además del sistema de pesos y contrapesos producto de la división de poderes, también hay que pensar en quien es el titular de la soberanía. Entendiendo a este último término como el poder que establece la ley y su correspondiente interpretación. Y si pensamos al término república vinculado al de democracia (“república democrática”), entonces la lógica lleva a postular un sistema donde exista la posibilidad que la decisión última respecto a la constitucionalidad o no de una ley esté en manos de la ciudadanía.

No se le niega al máximo tribunal la posibilidad de interpretar el ordenamiento constitucional y efectuar el correspondiente control, pero siempre bajo la premisa que atento al carácter democrático del sistema existe una autoridad por encima de los tres poderes con la posibilidad de revocar las decisiones de los poderes derivados. Un “pueblo” que no es una mera construcción teórica o declarativa, sino que es un verdadero poder supervisor.

En la doctrina Argentina Jorge Vanossi ha sostenido una postura similar:

“Todo mecanismo de defensa implica la eventualidad de una crisis, y las constituciones que no están preparadas para superar las crisis llevan consigo la semilla de su extinción o de su destrucción. El “referéndum” o la “revocatoria” pueden funcionar —en ciertas circunstancias— como mecanismo de solución en conflictos institucionales agudos, al poner término en forma cierta e incondicional un conflicto que los poderes constituidos no alcanzan a dirimir con igual eficacia. Y uno de esos conflictos puede estar originado en el enfrentamiento de poderes resultado del choque entre la decisión judicial de control y el acto legislativo de mantener la norma impugnada” (Vanossi, 1976: 137 y 138).

En el derecho comparado podemos citar el caso de Colorado en Estados Unidos donde el 5% del padrón electoral tiene la facultad de reclamar que se someta a referendo una ley que el tribunal superior del estado ha declarado inconstitucional (Cenicacelaya, 2008: 114).

Se postula en este trabajo una concepción convencionalista de la justicia —basada en la soberanía popular—: la justicia es lo que los hombres han acordado —a través de los mecanismos de la democracia contemporánea— que deben considerar como justicia. Cuando entre dos sujetos surge una controversia, la única manera de resolverla sin recurrir a la fuerza será la de recurrir a una instancia jurisdiccional y acordar que su decisión sea considerada justa, sin estar sujeta la vigencia de la misma a evaluaciones subjetivas de las partes. En un sistema democrático, el Soberano (es decir el poder de establecer lo que es justo y lo que es injusto), será la voluntad popular a través de las distintas formas de expresión de la misma (elección de representantes y participación a través de las llamadas formas semi-directas de democracia).

En nuestra defensa de un constitucionalismo democrático podríamos citar a Aristóteles cuando afirmó que las decisiones tomadas por la mayoría son mejores que la de unos pocos virtuosos aun cuando los integrantes de esa mayoría individualmente hablando sean inferiores a los hombres de virtud. Pues si cada individuo tienen una parte de virtud y sabiduría práctica, ellos pueden ponerlas en común y ser mejores gobernantes que el más sabio de los individuos. (Aristóteles, 2013-III: 11).

Atento a que este tema, en la Argentina, ha sido recientemente abordado por el poder legislativo nacional, a raíz de un proyecto de reforma presentado por el ejecutivo para la elección popular de parte de los integrantes del Consejo de la Magistratura (iniciativa presentada bajo el presuntuoso título de “democratización de la justicia”) es necesario hacer una precisión: nosotros hablamos de otra cosa. Pues “democratizar la justicia”, a nuestro leal saber y entender, solo puede significar dos cosas, a saber: 1) Elección popular de magistrados (lo cual, por razones muy largas de exponer, este trabajo no plantea 2) Dar la posibilidad que los ciudadanos en referendo tengan la última palabra a la hora de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley (lo cual es la propuesta central de esta ponencia). En realidad lo que propusiera el actual gobierno más que “democratización” de la justicia es la partidización de la misma; es decir que sean representantes de los partidos políticos, que ya son los intermediarios obligados para proporcionar funcionarios electos de los poderes ejecutivo y legislativo, los que también candidateen consejeros para el órgano encargado de proponer la designación y remoción de jueces. Viene a la mente del autor esta ponencia la humorada que alguna vez escuchó de un expositor en una “Jornadas de democracia participativa”, hecha ya hace algunos años: “Frente a la crisis de representación tenemos una propuesta superadora: ¡más representación!”

Volviendo al tema central de nuestro análisis podemos decir que la generalidad y abstracción de una ley (proveniente de la soberanía popular) dan mayor resguardo a los principios de igualdad y seguridad jurídica que dejar librado las decisiones a otras fuentes del derecho tales como los precedentes jurisprudenciales o libres interpretaciones de lo que un máximo tribunal entiende por derechos constitucionales, humanos o fundamentales.

Y habiendo mencionado a los Derechos Humanos se hace necesario abordar por separado la relación de los mismos con la forma de democracia semi-directa aquí propuesta.

IV. “Plebiscitarismo” vs. Derechos Humanos. O la vuelta de la “tiranía de las mayorías”

Mencionamos los Derechos Humanos, pues coincidimos con lo expresado por Eugenio Bulygin en ocasión de recibir su título de Doctor Honoris Causa en la Universidad de Alicante: los mismos son una manifestación actualizada de lo que antes se llamara derechos naturales:

“En lo referente a las ideas jusnaturalistas de los legisladores y constituyentes no me parece que sea algo nuevo. Antes invocaban a Dios para sostener el derecho divino de los reyes o para afirmar que es fuente de toda razón y justicia, y ahora recurren a la libertad y a los derechos humanos. Pero no

veo de qué manera esas ideas, más o menos respetables, pueden influir en la filosofía del derecho.” (Bulygin, 2008: 322).

Si intentamos precisar el alcance de los Derechos Humanos, podemos decir que convencionalmente hablando casi todos los estados de la tierra han declarado (en los hechos es otra cosa) que determinadas prácticas son contrarias a lo que se entiende por Derechos Humanos (por ejemplo: ejecuciones extrajudiciales, torturas, persecuciones por motivos raciales-religiosos, discriminación por género, entre otras), y en eso hay una suerte de acuerdo global. Puede precisarse ese entendimiento global en la fórmula citada por la Corte Constitucional de Colombia, a la hora de autorizar la intervención estatal dentro de una comunidad indígena, en un caso que comprendía cuestiones de diversidad étnica y cultural:

“(i) Cuando el derecho vulnerado o amenazado, corresponda a uno de los considerados como mínimos universales, es decir, los derechos a la vida, integridad o libertad.” (Sentencia T-001/12 de la Corte Constitucional de Colombia).

A una postura similar apunta Robert Burt cuando sostiene que las Cortes deberían actuar solo cuando el proceso democrático de toma de decisiones conduce a una “dominación”. (Burt, 1992: 369).

Bajo esta concepción de lo que entendemos por “derechos fundamentales”, es posible construir un sistema que potencie los mecanismos democráticos de decisión junto con la preservación de derechos considerados inviolables por cualquier proceso mayoritario. Ahora bien si caemos en la postura de expandir esa comprensión de los derechos (la “revolución de los derechos” vía activismo judicial de supremos tribunales, o la democracia como un mero conjunto de derechos fundamentales) caemos en el riesgo que, con claridad, expresa Sonu Bedi:

“En el plano de los derechos, el debate siempre es sobre cuál es la categoría que debiera ser invocada, si es, por ejemplo, la cuestión de la privacidad, la “igualdad de la mujer”, la libertad de expresión o la propiedad. Esto conduce al problema de la incommensurabilidad. Un grupo afirma que una actividad cae bajo una categoría no-protegida, y el otro grupo afirma lo contrario. Por ejemplo, los opositores a las acciones afirmativas sostienen que los programas centrados en la categoría de raza son una forma de discriminación racial. Estos programas violan el derecho de la persona a la igualdad formal. Los proponentes de esta legislación correctiva caracterizan a esa actividad —el tratamiento especial de los individuos de una raza respecto a los de otra— como una medida anti-subordinación, y por ende sería la promoción de la verdadera igualdad. De acuerdo con esta posición, en la acción pro-positiva no hay violación del derecho a la igualdad. ¿Qué categoría es relevante: la igualdad formal o la anti-subordinación? Entonces, en tanto es así, ¿podemos siquiera debatir el tema?” (Bedi, 2009:35).

Si no seguimos el enfoque de los mínimos que ut supra la Corte Constitucional colombiana especificara, corremos el riesgo de caer en una inmensa zona gris donde no queda claro que conductas violan esos derechos, y cuál es la instancia de decisión a la hora de clarificar esos aspectos.

Como muestra un ejemplo en el marco Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo: la ley del actual gobierno islamista turco que *permite* a las mujeres usar el hijab (pañuelo que cubre la cabeza) en edificios públicos, lo cual antes estuvo prohibido por las fuerzas políticas laicas que gobernaron con apoyo del ejército (debe hacerse notar que el partido islamista ganó elecciones no cuestionadas). Quienes impugnaron esta ley (la que permite llevar la prenda) desde un discurso laico y feminista, señalan que se violan los derechos humanos de la mujer por ser una vestimenta discriminatoria y una manifestación de religiosidad incompatible con una concepción laica del orden público; el gobierno responde que en Turquía quien quiere usa el pañuelo y quien quiere no, y que además la ley cuenta con apoyo popular. ¿Quién tiene la razón? (desde el punto de vista de los derechos humanos).

La imprecisión y la evidente carga de subjetividad política a la hora de definir los derechos humanos se hace evidente en la falta de coherencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos en esta temática de la exhibición de símbolos religiosos en los establecimientos educativos, pues junto con sentencias que avalan la prohibición del velo en lugares de enseñanza en Turquía (“Leyla Sahin v. Turkey” 2005) y en Francia (“Aktas v. France”, “Bayrak v. France”, “Gamaleddyn v. France”, “Ghazal v. France”, “J. Singh v. France” and “R. Singh v. France”, 2009) a la vez permitieron a una escuela pública italiana tener crucifijos en las paredes de las aulas (“Lautsi and Others v. Italy”, 2011). Todas estas decisiones (las dos primeras en absoluta contradicción con la última) fueron hechas en aras del principio del “margen de apreciación” o “deferencia” que se le otorga a cada Estado para interpretar cuestiones tales como la libertad religiosa y el laicismo estatal. De allí que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pudo entender que Turquía (en ese entonces, no en la actualidad bajo el gobierno de un partido islámico) y Francia podían prohibir el velo en los establecimientos educativos, y la vez en Italia una escuela pública podía tener crucifijos en cada una de sus aulas... (3)

Entiéndase bien: en este trabajo estamos plenamente de acuerdo con lo que convencionalmente (tratados internacionales) se ha definido como “derechos humanos”, y nos parece valioso su defensa.

Pero no podemos dejar de llamar la atención sobre las analogías que tiene con los “derechos naturales” y por ende señalar que cuentan con una debilidad congénita, que se expresa con claridad en estas “zonas grises” que hemos ejemplificado. Y en algo más peligroso: la necesidad de un nuevo clero que tenga el monopolio de su interpretación y aplicación (la judicatura).

Debe notarse que el recurrir al derecho natural/derechos humanos o a los precedentes jurisprudenciales (*comon law*, y “realismo jurídico”) como fuentes primordiales del Derecho lleva a una instancia aristocrática de decisión. Y tomamos este término en sus dos acepciones: la cuantitativa (pocos) y la cualitativa (presuntamente los mejores). En el caso de la jurisprudencia como fuente primordial, los criterios de decisión quedan en manos de magistrados que no han sido elegidos democráticamente, y en el segundo caso (Derechos Humanos) las reglas a aplicar, en los hechos, quedan bajo una combinación de creaciones intelectuales provenientes del mundo académico y de los tribunales, que muchas veces después de ser implementadas durante mucho tiempo por la vía judicial, se positivizan en normas nacionales o internacionales. Pero el hecho originario creador de las mismas estuvo sustraído a las instancias de expresión de la soberanía popular (órganos representativos: parlamento, congresos nacionales o formas semi-directas de democracia: referéndum). Y no es casual que los partidarios de estas corrientes suelen evitar cuidadosamente la legitimación por este último medio.

Si entendemos la democracia como el gobierno de la mayoría con el respeto a los derechos de la minoría (derechos estos últimos recogidos en todos los ordenamientos constitucionales de Occidente) no es admisible confiar la aplicación y creación del derecho a sistemas que en última instancia depositan la creación de reglas en una minoría controladora (judicial o académica) sin que sus creaciones puedan estar sujetas al control popular. Esto no implica que rechacemos lo que en forma casi unánime se considera “derechos humanos”, pero no reconocemos en las áreas de divergencia el derecho de una minoría a imponer sus creencias.

En palabras de Bulygin:

“Estoy firmemente convencido de que Mozart es más valioso que Johann Strauss, que la catedral de Chartres le supera en belleza al monumento a Vittorio Emanuele, que Gandhi es moralmente superior a Bush, que la democracia es preferible a una dictadura, que una botella de un buen tinto es mejor que Coca-Cola. Pero no creo que todo esto sean verdades. Por consiguiente, seguiré incurriendo en mis herejías, cosa que no me impide gozar de obras artísticas, criticar a malos políticos, respetar los derechos humanos y disfrutar de manjares culinarios.” (Bulygin, 2008: 324).

V. Conclusiones

“Para tomar una decisión constitucional genuina es necesario que participen algunos de los que están siendo gobernados, en contraste con aquellos que gobiernan. Esto diferencia dicho acto constituyente de un golpe de Estado.” Carl Friedrich. (Friedrich, 1950. Citado en Kalyvas, 2005:118. La traducción es nuestra).

Los reclamos de la derecha/neoconservadores y de la izquierda/progresistas sobre el déficit democrático del sistema político, y en particular de las decisiones judiciales alejadas del sentimiento popular tienen un gran sustento en la realidad. Lo que estos sectores no advierten, aparte de su mayoritarismo sesgado y oportunista, es que esta situación es el resultado de decisiones fundacionales basadas en una clara cosmovisión: el liberalismo. La adopción en Estados Unidos, por parte de los “padres fundadores” del ordenamiento constitucional de ese país, de un sistema de pesos y contrapesos (*check and balances*) por medio de la división de poderes tenía como finalidad el limitar el poder de las mayorías en lo relativo a temas tales como la propiedad, la libertad de comercio, la autonomía contractual y lo que en líneas generales hoy es llamado “seguridad jurídica” (para el capital). En este contexto, las mayorías eran vistas como una amenaza por su potencial ánimo revanchista y confiscatorio contra las elites político-económicas conductoras de ese proceso. Ese esquema se exportó primero a Occidente y a su periferia (Latinoamérica) dando como resultado un orden al servicio del capital concentrado.

Ahora bien, en las últimas décadas, esa ingeniería institucional contra-mayoritaria empezó a ser reivindicada desde sectores “progresistas” o de “centro-izquierda” a los efectos de preservar lo que ellos entienden como “derechos humanos” o “derechos fundamentales” del embate de las mayorías (por ejemplos leyes de matrimonios entre personas del mismo sexo, despenalización del aborto, acciones afirmativas en cuestiones de género o raciales, legislación penal restrictiva de las medidas privadas de la libertad, etc.).

Desde el punto de vista ideológico, el resultado de este esquema de organización institucional fue bien descrito en uno de los últimos números de la publicación “The Economist”: el triunfo del liberalismo (en ese artículo periodístico centrado en las nuevas generaciones de ciudadanos ingleses). Y cuando mencionamos al “liberalismo” no caemos en el error de confundirlo con el término peyorativo de “neoliberalismo” (el cual entendemos como el mero libre-mercado puramente económico o liberalismo manchesteriano) sino en la acepción amplia del término: liberalismo político, económico, y cultural. Así es que, en el análisis de la citada publicación, los jóvenes británicos son cada vez menos entusiastas del estado de bienestar o *welfare state* confiando más en los esfuerzos del individuo en el campo laboral (liberalismo económico), y a la vez más abiertos a cuestiones tales como la inmigración, el matrimonio entre personas del mismo sexo, o el consumo personal de drogas (liberalismo cultural). Semejante posicionamiento choca contra los partidos que, según The Economist, han sido los enemigos históricos del liberalismo en la isla: los Laboristas, por su discurso pro estado de bienestar (aunque con la llamada “Tercera vía” se hayan volcado a la derecha), pero también con los Conservadores o “Tories” quienes tradicionalmente sostuvieron posiciones intransigentes respecto a la inmigración, o a los cambios en la legislación matrimonial solicitados por los colectivos homosexuales. Según la publicación estas preferencias liberales de la juventud no tienen un partido de alcance nacional que las represente, pero consideran al actual alcalde de Londres (un conservador muy heterodoxo, al menos en sus formas) como un aislado exponente de las nuevas generaciones.

Citamos ese artículo de Gran Bretaña pues, desde nuestro leal saber y entender, la queja de derecha e izquierda respecto a los déficits democráticos contemporáneos y en particular de los derivados de las sentencias de los máximos tribunales a la hora de abordar la constitucionalidad de las leyes, obedece a ignorar una simple realidad. Sin ponernos agresivos, pero usando una retórica ya instalada en el discurso político y en el análisis académico, y que nos permite expresarnos con la claridad y vehemencia necesaria, decimos:

¡Estúpido, es el liberalismo!

Una clase social (la burguesía) creó hace más de 225 años, en los EE.UU., una organización institucional basada en los derechos del individuo, y en dos grandes enemigos a neutralizar: el poder despótico de uno solo, y el de la mayoría. La terminología usada para describir el sistema por parte de los padres fundadores (“república”) y la condena hacia otro término que podía entenderse como legitimador de una opresión popular (“democracia”) estaba muy clara. También se explicitaban sin ninguna ambigüedad los derechos a defender: entre ellos la propiedad. Este sistema, admitámoslo,

tuvo enormes logros tanto en lo relativo a garantizar un espacio de autonomía y libertad individual, como para fomentar la expansión de fuerzas productivas basadas en ventajas tecnológicas (producto de innovaciones que eran recompensadas por el mercado), como en la eficiencia mostrada por capitales cada vez más concentrados y por ende con mayores ventajas de escala para producir bienes o servicios.

Pero en la actualidad las críticas tanto de derecha e izquierda, y la inconformidad que se percibe en los ciudadanos comunes, revela lo que está faltando: el edificio democrático tiene una cada vez más sólida columna liberal, pero le falta el otro gran pilar: la soberanía popular. La cual para nosotros, evidente a esta altura del presente trabajo, no es simplemente votar cada dos años.

En todo caso, para terminar, nos parece importante expresar que en una organización política hay una diferencia decisiva en lo relativo a cuales fuentes nutren el sentimiento de un “nosotros”, no es lo mismo si las personas derivan su sentido de pertenencia de una activa participación en la toma de decisiones políticas (“Nosotros, los que decidimos”), que de una creencia en un ser nacional pre-político, cuya existencia debiera ser preservada por una elite gobernante (político-partidista o tecnocrática judicial) que en nada consulta a los ciudadanos bajo su poder.

Solo un “Nosotros” basado en el poder de decisión popular podrá garantizar la persistencia de una identificación ciudadana con la dinámica del sistema, fundamento esencial de todo proyecto democrático que aspire al éxito.

VI. Bibliografía

ARISTÓTELES (2013). *La política*. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/aristotle-politics/> [Fecha de consulta: 7-6.2014].

BEDI, Sonu (2009). *Rejecting Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.

BICKEL, Alexander M. (1986). *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven, Conn.: Yale University Press.

BULYGIN, Eugenio (2008). “Discurso pronunciado por el Dr. Eugenio Bulygin con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Alicante”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 6, N°12, pp. 319-324.

BURT, Robert A. (1992). *The Constitution in Conflict*. Cambridge, Mass.: Belknap Press.

CENICACELAYA, María (2008). *Participación ciudadana. Teoría y práctica de la democracia directa*. La Plata: Editorial de la Universidad Nacional de La Plata.

JEFFERSON, Thomas (1984). *Thomas Jefferson Writings*. New York: Library of America.

FRIEDRICH, Carl J. (1950). *Constitutional Government and Democracy. Theory and Practice in Europe and America*, Boston y Nueva York, Ginn and Company.

HUGUES, Charles Evans (1908). *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906-1908*. New York and London: G. P. Putnam's sons.

PORTERO, Jorge Luis y MAGRI, Eduardo (2010). “El caso Thomas. La CSJN puso las cosas en su lugar. Los efectos no deseados de la ampliación de las fronteras de la justiciabilidad sobre la gobernabilidad democrática”. En: *La Ley*, Buenos Aires.

POST, Robert y SIEGEL, Reva (2013). *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo XXI.

SUNSTEIN, Cass R. (1999). *One case at a Time: Judicial minimalism on the Supreme Court*. Estados Unidos: Harvard University Press.

The strange rebirth of liberal England. Londres. The Economist, 1-6-2013. Disponible en: <http://www.economist.com/news/leaders/21578660-young-britons-have-turned-liberal-both-socially-and-economically-politicians-need-get>. [Fecha de consulta: 6-6-2014].

VANOSI, Jorge Reinaldo (1976). *El poder de revisión judicial. Su significado político y su importancia institucional*. (Tesis de doctorado). Buenos Aires: UBA.

VII. Jurisprudencia consultada

SC, 2-4-2014, MCutcheon et al. v. Federal Election Commission, Disponible en: http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-536_e1pf.pdf. [Fecha de consulta: 7-7-2014].

SC, 18-8-2010, Citizens United v. Federal Election Commission, Disponible en: <http://www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/08-205.htm> [Fecha de consulta: 7-7-2014].

SC, 26-6-2013, Dennis Hollingsworth, et al., Petitioners v. Kristin M. Perry, et al., Disponible en: <http://www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/12-144.htm> [Fecha de consulta: 7-7-2014].